



325

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil doce (2012)

RADICACIÓN: 66001233100019990789 01
EXPEDIENTE: 22.112
ACTOR: PROCURADOR JUDICIAL 37
DEMANDADO: MUNICIPIO DE PEREIRA y OTRO
REFERENCIA: ACCIÓN DE NULIDAD CONTRACTUAL – APELACIÓN SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad PARQUEADEROS DAYTONA LTDA., contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el trece (13) de septiembre de dos mil uno (2001), mediante la cual se dispuso:

“Declarar la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 001-97, suscrito por los representantes legales del Municipio de Pereira y Parqueaderos Daytona Ltda.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 20 de septiembre de 1999, por el Procurador Judicial 37 en asuntos administrativos, en su calidad de Agente del Ministerio Público (folios 69 a 80 cuaderno 1), se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

“De conformidad con lo expuesto, solicito muy respetuosamente al H. Tribunal Administrativo de Risaralda, declarar la NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001-97, suscrito por los representantes legales del municipio de Pereira y Parqueaderos Daytona Ltda.”



2. Los hechos.

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

- Mediante el Acuerdo No. 79 del 6 de septiembre de 1994, el Concejo Municipal de Pereira adoptó el programa de ZONAS DE PARQUEO EN EL MUNICIPIO DE PEREIRA. El Acuerdo No. 23 del 1º de mayo de 1996 efectuó algunas modificaciones.
- Por Acuerdo No. 47 de 1995, el Concejo Municipal de Pereira le otorgó facultades al Alcalde del Municipio de Pereira para reglamentar el programa de ZONAS DE PARQUEO EN EL MUNICIPIO DE PEREIRA. En virtud de lo anterior, el burgomaestre expidió el Decreto No. 290 del 20 de junio de 1996, *"por medio del cual se reglamenta el programa denominado 'Zonas de Parqueo permitido'"*.
- El 3 de septiembre de 1996 se celebró el Contrato de Concesión No. 001-97 entre la Alcaldía Municipal de Pereira y Parquederos Daytona Ltda., relacionado con la concesión del sistema de estacionamiento autorizado en vía pública, denominado "Zonas de Parqueo Permitido" en la zona o sector establecida en el anexo No. 1, en la ciudad de Pereira.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte actora invocó como vulnerados los artículos 313-3 y 338 de la Constitución Política y los artículos 76-11 y 84 del C.C.A., por las siguientes razones:

Por una parte, el Alcalde Municipal creó una tasa sin estar facultado por el Concejo municipal de Pereira, en consideración a que el Acuerdo municipal No. 23 del 1º de mayo de 1996, por el cual se adoptó el programa de "Zonas de



326

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

parqueo permitido", no contempló precio de parqueo alguno para dichas zonas y, por ende, no le era permitido al burgomaestre hacerlo en el contrato de concesión demandado.

En segundo lugar, el Acuerdo municipal No. 23 del 1º de mayo de 1996 le señaló el plazo de un año al Alcalde de Pereira para adoptar el sistema de concesión, pero éste ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 001-97 tres meses después de haber fenecido el plazo establecido por el Concejo Municipal.

En tercer lugar, el contrato está viciado por una falsa motivación, porque no se realizaron estudios previos de viabilidad financiera en el año de 1996, sino que se remitió a un estudio del año 1990 elaborado por la Asociación Colombiana de Personas Impedidas ACOPIM.

Por último, el Consejo de Estado en un caso similar al que se analiza, precisó que el precio establecido para el uso del parqueo en las denominadas "zonas azules" era una tasa que debía ser fijada exclusivamente por el Concejo Municipal, pero el Alcalde de Pereira desconoció esta decisión judicial reproduciendo un acto declarado nulo.

4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo del Risaralda admitió la demanda por auto del 22 de noviembre de 1999 (folio 82 cuaderno principal).

4.2. Se ordenó la apertura y práctica de pruebas mediante providencia del 31 de agosto de 2000 (folios 170 a 171 cuaderno principal).

5. Contestación de la demanda.

5.1. Parqueaderos Daytona Ltda., (folios 101 a 109 cuaderno 1). Se opuso a los argumentos planteados en la demanda indicando que al establecer el sistema



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

de parqueo permitido mediante el Acuerdo No. 23 de 1996, estaba implícito lo referente a la tasa, razón por la cual el Alcalde tenía competencia para fijarla en el Decreto No. 278 de enero 14 de 2000.

En cuanto al límite temporal, consideró que no tiene asidero jurídico, comoquiera que la potestad reglamentaria del burgomaestre es permanente. Sobre el particular reseñó una decisión proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

Por último, sostuvo que la inexistencia de estudios previos es solamente una especulación de la parte actora que no afectará la presunción de legalidad de la Resolución No. 653 de 1997.

5.2. Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Pereira (folios 122 a 133 cuaderno 1). Para la época del contrato de concesión el Director General del Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Pereira se encontraba facultado por el Alcalde de Pereira para fijar la tasa de parqueo en las zonas fijadas por el Concejo municipal. De otro lado, señaló que aunque se concluyera que la competencia radica exclusivamente en cabeza del Concejo Municipal, para la época de la demanda está vigente el Acuerdo No. 87 de 1999 que fijó la tasa que se cobra en dichas zonas.

El incumplimiento del término señalado por el Concejo para reglamentar la materia, por parte del Alcalde Municipal, no vicia de ilegalidad el reglamento, porque este plazo es indicativo, tal y como lo señaló la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 1998.

Por último, no existe una falsa motivación en la Resolución No. 0653 de 1997, toda vez que, precisamente lo que dispuso el Concejo Municipal fue la implementación del estudio técnico económico que había efectuado ACOPIM.

5.3. Alcaldía Municipal de Pereira (folios 143 a 167 cuaderno 1). Consideró que la demanda es inepta porque la parte actora no ataca el acto contractual de



327

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

concesión, sino los actos administrativos relacionados con la fijación de la tasa de parqueo en las denominadas "zonas azules".

Tampoco se invocó en la demanda la violación de alguna de las causales de nulidad absoluta de los contratos previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Añadió que por contraste, ninguna de las normas invocadas como vulneradas se constituye en causal de nulidad del contrato de concesión celebrado.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En auto del 18 de diciembre de 2000, el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentasen sus respectivos alegatos de conclusión (folio 175 del cuaderno principal).

6.1. Municipio de Pereira (folios 177 a 179 cuaderno principal). Reiteró que la demanda es inepta porque no se solicitó la nulidad de los actos precontractuales que dieron origen al contrato de concesión No. 001-97, los cuales continúan amparados con la presunción de legalidad.

6.2. Procurador Judicial 37 (folios 181 a 184 cuaderno principal). Sostuvo que es indudable la violación del límite temporal para que el Alcalde reglamentara el sistema de concesión y se fundara en un estudio nuevo, en lugar de retomar el realizado por ACOPIM.

En cuanto a la ineptitud sustantiva de la demanda, señaló que el artículo 87 del C.C.A., dispone que una vez celebrado el contrato la nulidad de los actos previos podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, por lo que sus planteamientos resultan procedentes. De otra parte, existen pronunciamientos del Consejo de Estado en los cuales se anulan y suspenden actos similares a los cuestionados, por lo cual la ilegalidad fundamentada en la demanda es evidente.



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

6.3. Ministerio Público (folios 187 a 192 cuaderno principal). Luego de efectuar un recuento de las actuaciones procesales, concluyó su intervención en los siguientes términos:

"Pues bien, y para decirlo de una vez, no encontramos en el procedimiento y en el contrato mismo atacado, razones o vicios que desvirtúen la presunción de validez, ya que la actuación administrativa se ha surtido a través de los órganos y autoridades competentes, en ejercicio de propias y legítimas funciones, algunas de ellas válidamente celebradas y por lo mismo sin extralimitación de funciones, ni falsas motivaciones. Así lo explican las diferentes respuestas a la demanda, razones que entendemos y acogemos y a las cuales nos remitimos para no redundar en iguales argumentos."

La Sala no tendrá en cuenta esta intervención con base en lo que reiteradamente ha señalado la propia Corporación en otras oportunidades acerca de la participación del Ministerio Público en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la cual puede revestir dos modalidades diferentes: o bien actúa en su condición de demandante o de demandada, evento en el cual, sin lugar a la menor duda, se tratará de una de las partes del proceso, o bien adelantará su intervención en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales que le atribuyen la "facultad-deber", precisamente, de *intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales* (artículo 277 numeral 7 C.P.), en cuyo caso se trata de un sujeto procesal especial que no reviste el carácter de parte *strictu sensu*¹.

Así se ha pronunciado la Sala frente a situaciones similares a las que ahora se hace referencia, relacionadas con la participación simultánea de los Agentes y/o Delegados del Procurador General de la Nación en su doble condición de parte del proceso y a la vez sujeto procesal especial:

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de junio 13 de 2011, exp. 19936, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.



328

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

"7.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

La parte demandante guardó silencio y la parte demandada presentó los alegatos de forma extemporánea².

La Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado, dentro del término oportuno para ello, emitió concepto respecto de la posición del Ministerio Público en relación con el asunto de la referencia.

La Sala no tendrá en cuenta las consideraciones expuestas por la Procuraduría Delegada, comoquiera que, según la Constitución y la ley, resulta improcedente que un mismo ente actúe en diferentes roles y emita un doble pronunciamiento dentro de un mismo proceso.

El numeral 7 del artículo 277 de la Carta Política reserva al Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus Delegados o Agentes, la función de intervención en los procesos y ante las autoridades judiciales cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías constitucionales.

De este modo, es claro que el Ministerio Público, en cuya cabeza se encuentra el Procurador General de la Nación, es titular de la facultad Constitucional y Legal de intervenir en los procesos que se adelanten ante las autoridades judiciales, de tal manera que cualquier miembro de dicho ente actúa en una sola y única condición: la de representante o agente de una sola y única institución cuyo Supremo Director es el Procurador General de la Nación (artículo 275 de la Constitución Política) por manera que a él le corresponde tanto la designación como la revocación y el traslado de aquellos funcionarios que deban intervenir en los procesos judiciales, cuando él no intervenga directamente.

Lo anterior evidencia que se trata de una intervención de carácter institucional, razón por la cual, los Agentes del Ministerio Público y/o los apoderados de la Procuraduría General de la Nación que sucesivamente participen en un mismo proceso, han de hacerlo en forma unívoca y coordinada, pues esa función y su ejercicio no pueden entenderse "a título personal", sino que, por el contrario, ha sido consagrada expresamente por la Constitución Política en cabeza del Procurador General de la Nación, esto es de una misma y única institución, jerárquicamente organizada.

De conformidad con lo anterior, si el Ministerio Público actúa a través del Procurador General de la Nación y/o de los Delegados o agentes de éste y a la vez es a él a quien le corresponde llevar la representación de la Procuraduría General de la Nación, directamente o por medio de los apoderados que instituye para tal efecto, no puede más que concluirse que a esa misma institución no le es posible actuar 2 veces en un mismo asunto, ya sea en calidad de demandante o demandado o en virtud de aquella facultad consagrada en el artículo 127 del C.C.A., en la medida

² Según informe de Secretaría obrante a folio 83 del cuaderno principal, el término concedido a las partes y al Ministerio Público para presentar alegatos corrió desde el 7 hasta el 21 de noviembre de 2002. Por su parte, el demandado presentó el escrito de alegatos el 7 de octubre de 2003 (fl. 85 c ppal)



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

en que –se reitera- su intervención debe ser unívoca y coordinada, encaminada a una finalidad común.

Lo contrario supondría una ventaja injustificada que podría vulnerar el derecho de defensa de la otra parte, en la medida en que sobre un mismo punto, el Ministerio Público tendría la oportunidad de pronunciarse en doble ocasión, situación que en nada se acompasa con las finalidades constitucionales para las cuales fue instituido el citado ente^{3,4}.

Con base en lo expuesto se concluye que en presente caso concreto resulta inadmisibles que la Procuraduría General de la Nación pretenda actuar, de manera simultánea, tanto como parte actora –dado que en su calidad de Ministerio Público formuló la demanda–, como en su condición de sujeto procesal especial –calidad propia del mismo Ministerio Público– para efectos de emitir concepto de fondo, máxime si se advierte la incoherencia y la falta de coordinación con que se desplegaron tales actuaciones, todas ellas provenientes de Agentes o Delegados de una misma y única autoridad: el Procurador General de la Nación (artículo 277 C.P.), puesto que por un lado el Ministerio Público está solicitando que se acojan las pretensiones de la demanda y, paradójicamente, en el mismo proceso el mismo Ministerio Público se está oponiendo a las pretensiones de la demanda que ese mismo órgano autónomo promovió, amén de que no tiene inconveniente en solicitar que se despachen desfavorablemente sus propias pretensiones, cuestión que, a no dudarlo, da lugar a un desgaste innecesario y exagerado de la Jurisdicción, que no facilita y menos consulta el imperativo de contribuir a la descongestión de la misma, cuestión que obviamente comprende aspectos propios del interés general y público.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo del Risaralda accedió a la pretensión de nulidad del contrato de concesión con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones (folios 196 a 224 cuaderno principal):

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de julio de 2009. Expediente No. 15004.

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de marzo 21 de 2012. Expediente No. 25000232600019990225 – 01 (23478)



329

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

Consideró que se vulneró el artículo 338 de la Constitución Política porque en la cláusula cuarta del demandado contrato de concesión, se crea una tasa, cuando la competencia correspondía al Concejo Municipal.

También consideró vulnerado el numeral 3º del artículo 313 de la Constitución, por haber celebrado el contrato de concesión cuatro (4) meses después de haber finalizado el plazo señalado por el Concejo Municipal de Pereira en el Acuerdo No. 23 de mayo 01 de 1996.

8. El recurso de apelación.

El apoderado de la sociedad PARQUEADEROS DAYTONA LTDA., discrepó de la decisión adoptada, porque mediante Acuerdo No. 87 del 21 de diciembre de 1999 el Concejo Municipal saneó el vicio que se endilga al contrato de concesión al establecer la tasa por el uso de las zonas de parqueo permitido. En el mismo acto se autorizó al Alcalde Municipal a fijar la mencionada tasa, lo que realizó mediante el Decreto No. 278 de 2000. Sobre este saneamiento el fallo impugnado no hizo pronunciamiento alguno.

En segunda instancia, el Acuerdo No. 23 del 1º de mayo de 1996 no ha sido declarado nulo por autoridad judicial alguna y el demandante no invocó en su demanda la vulneración de alguna de las causales taxativas consagradas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

En tercer lugar, en el contrato de concesión no se fijó tasa alguna, sino una tarifa que es completamente distinto. En este orden de ideas, el límite temporal a que hace referencia el Acuerdo No. 23 de 1996 no tiene relación con el contrato celebrado, como equivocadamente lo señaló la decisión de primera instancia.



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

9. Actuación en segunda instancia.

9.1. Mediante providencia del 1 de abril de 2002 se ordenó el traslado para la sustentación del recurso (folios 241 y 242 cuaderno principal).

9.2 En auto del 2 de julio de 2002 se admitió el recurso de apelación presentado (folios 255 y 256 cuaderno principal).

9.3. Mediante providencia del 17 de septiembre de 2002 se dispuso el traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (folio 258 cuaderno principal).

10. Alegatos de conclusión.

Las partes guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Consiste el problema jurídico en establecer si por medio de la acción de controversias contractuales resulta jurídicamente posible solicitar la nulidad de un contrato de concesión del espacio público, con fundamento en la presunta ilegalidad de los actos administrativos que establecen y reglamentan la tasa a favor de la entidad territorial en este tipo de contratos. Para desatar el presente conflicto judicial, la Sala analizará los siguientes aspectos: **a)** la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **b)** las pruebas recaudas y su valoración; **c)** la nulidad de los contratos estatales; **d)** Sobre la especial naturaleza jurídica de las relaciones entre partes y terceros en el contrato de concesión; y **e)** el análisis del caso concreto.



330

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

1. Competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75⁵ de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; así pues en cuanto el Municipio de Pereira tiene el carácter de entidad territorial, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, corresponde a esta jurisdicción especializada el análisis y decisión del litigio citado en la referencia.

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

*"De este modo, son contratos estatales 'todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales', y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos."*⁶ (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos

⁵ Artículo 75, Ley 80 de 1993. "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa."

⁶ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

*"Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)"*⁷

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la

⁷ Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

"Para los solos efectos de esta ley:

"1o. Se denominan entidades estatales:

"a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y **los municipios**; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

"b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (...)."



331

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, define el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

"Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

*"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

"Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

*"La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional".
(Negrillas fuera de texto)*

"Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

"Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001." (Negrillas fuera de texto)

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que a la misma le compete "juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas", en lugar de "juzgar las controversias y litigios administrativos", como disponía el anterior artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007, radicación 30.903, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

"A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

"j) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo."

1.1. Legitimación en la causa del Ministerio Público. Acción de nulidad absoluta de contratos del Estado.

Para la época de presentación de la demanda el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo había sido modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, aún vigente, que dispone sobre la acción de controversias contractuales lo siguiente:

"Artículo 32. De las controversias contractuales.- El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes en un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.



332

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil". (Subraya la Sala)

De acuerdo con la anterior preceptiva legal, la nulidad absoluta de un contrato estatal podrá ser solicitada, además de las partes, por cualquier tercero que acredite un interés directo y por el Ministerio Público. Así mismo, esta disposición resulta concordante con lo preceptuado en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, según el cual el Ministerio Público puede alegar la nulidad absoluta de los contratos estatales. Finalmente, como lo dispone el numeral 10, letra e), del artículo 44 de la Ley 446 de 1998⁸, se encuentra legitimado el Ministerio Público para impetrar que se declare judicialmente la nulidad absoluta de un contrato estatal.

Así pues, resulta claro para la Sala que en relación con los contratos estatales, a la Procuraduría General de la Nación, le asiste legalmente la atribución para demandar, cuando a ello hubiere lugar, la declaratoria de nulidad absoluta por las causas señaladas por la ley.

⁸ "(...) e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia."



2. Las pruebas aportadas al proceso.

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo⁹ señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil¹⁰, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.¹¹, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: i) cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; ii) cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y iii) cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad

⁹ Artículo 168, C.C.A.: "PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración."

¹⁰ Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

¹¹ Artículo 253, C. de P. C.: "Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento."



333

Expediente: 22:112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: i) cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; ii) cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; iii) cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; iv) cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y v) cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

*"El artículo 25 citado se refiere a los **"documentos"** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.*

"Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

"De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

*"En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros*



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación."

Previo a examinar de fondo el recurso de apelación propuesto, se requiere estudiar cada una de las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los medios de convicción aportados y recaudados con su respectiva calificación probatoria:

2.1. Documentos aportados en original o en copia auténtica.

Los siguientes documentos fueron allegados al proceso en original o en copia auténtica, razón por la cual serán valorados como pruebas válidas:

2.1.1. Exposición de motivos y proyecto de Acuerdo para adoptar el programa de zonas de parqueo permitido en el Municipio de Pereira (folios 3 a 18 cuaderno 2).

2.1.2. Informe de comisión al proyecto de Acuerdo No. 29 de 1996, del Concejo Municipal de Pereira (folios 19 a 26 cuaderno 2).

2.1.3. Acta No. 57 del 1 de mayo de 1996, correspondiente a la sesión ordinaria celebrada por el Concejo Municipal de Pereira (folios 28 a 147 cuaderno 2).

2.1.4. Acuerdo No. 87 de 1999, *"por el cual se adopta la tasa por el uso de Zonas de Permitido Parqueo"* (folios 148 y 149 cuaderno 2).

2.1.5. Decreto No. 278 del 14 de enero de 2000, *"por medio del cual se fija la tarifa de la tasa por el uso de zonas de parqueo permitido"*, expedido por el Alcalde Municipal de Pereira (folios 152 y 153 cuaderno 2).

2.1.6. Otro sí al contrato de concesión No. 001-97, de fecha 28 de octubre de 1997, por el cual se suprimió el párrafo tercero de la cláusula segunda del contrato, sobre la expedición de los tiquetes (folio 1 cuaderno 3).



334

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

2.1.7. Otro sí No. 2 al contrato de concesión No. 001-97, de fecha 18 de diciembre de 1997, para modificar el porcentaje que percibiría el concesionario (folios 2 y 3 cuaderno 3).

2.1.8. Acta de Compromiso No. 1 del 28 de marzo de 1998, suscrito entre funcionarios del Municipio de Pereira y Parqueaderos Daytona Ltda. (folios 4 a 7 cuaderno 3).

2.1.9. Contrato adicional al contrato de concesión No. 001-97, sin fecha y sin firma del Representante Legal de Parqueaderos Daytona Ltda., por lo que su contenido no tiene valor probatorio respecto de la relación contractual, ni será tenido en cuenta por la Sala (folios 8 y 9 cuaderno 3).

2.1.10. Estudio para la recuperación y racionalización del uso del espacio público celebrado entre la Alcaldía Mayor de Pereira y la Asociación Colombiana de Personas Impedidas "ACOPIM", del mes de agosto de 1991 (folios 11 a 213 cuaderno 3).

2.1.11. Acuerdo No. 79 del 6 de septiembre de 1994, "*por el cual se adopta el programa de ZONAS DE PARQUEO EN EL MUNICIPIO DE PEREIRA*" (folios 1 a 3 cuaderno 1).

2.1.12. Acuerdo No. 137 del 27 de diciembre de 1994, "*por medio del cual se crea el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte*" (folios 4 a 9 cuaderno 1).

2.1.13. Acuerdo No. 47 del 14 de junio de 1995, "*por el cual se otorgan unas facultades al Alcalde del Municipio de Pereira (ampliación término para reglamentar el Acuerdo No. 79 de 1994 -ZONAS DE PERMITIDO PARQUEO)*" (folios 11 y 12 cuaderno 1).

2.1.14. Acuerdo No. 23 del 1º de mayo de 1996, "*por medio del cual se modifica el Acuerdo Municipal No. 79 de 1994*" (folios 14 a 16 cuaderno 1).



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

2.1.15. Decreto No. 290 del 20 de junio de 1996, "*por medio del cual se reglamenta el programa denominado 'Zonas de Parqueo permitido'*" (folios 17 a 20 cuaderno 1).

2.1.16. Resolución No. 653 del 1º de agosto de 1997, "*por medio del cual se adopta un Pliego de Condiciones y se ordena la apertura de la Licitación Pública I.M.T.T. 001/97'*" (folio 21 y 22 cuaderno 1).

2.1.17. Resolución No. 786 del 9 de septiembre de 1997, "*por medio de la cual se declara desierta la Licitación No. AM-OJ-II-97'*" (folios 23 y 24 cuaderno 1).

2.1.18. Contrato de Concesión No. 001-97 celebrado entre la Alcaldía Municipal de Pereira y Parquaderos Daytona Ltda., relacionado con la concesión del sistema de estacionamiento autorizado en vía pública denominado "Zonas de Parqueo Permitido" en la zona o sector establecida en el anexo No. 1, en la ciudad de Pereira, suscrito el 3 de septiembre de 1997 (folios 25 a 38 cuaderno 1).

3. La nulidad de los contratos estatales.

En el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las Entidades del Estado, régimen que se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir las previsiones del artículo 13 de misma la Ley 80 para efectos de aplicar –en la contratación estatal-, la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que –bueno es reiterarlo-, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para anticipar, como enseguida habrá de señalarse, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan



335

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos.

En punto de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, el artículo 44 de la referida Ley 80 determina:

"Artículo 44.- De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

- 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
- 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- 3. Se celebren con abuso o desviación de poder;*
- 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*
- 5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley".*

Varias son las precisiones que deben hacerse a partir del examen de la norma legal transcrita, a saber:

De manera inicial ha de destacarse que la primera causal de nulidad absoluta de los contratos estatales se encuentra integrada por todos aquellos eventos previstos sobre la materia en el "derecho común", cuestión que evidencia, entonces que la propia Ley 80 dispuso de manera explícita, en este punto, la incorporación de las causales de nulidad absoluta consagradas en el régimen legal que integra el aludido "derecho común".

En ese orden de ideas se tiene que el régimen de las nulidades en materia de contratación estatal, teniendo en cuenta los precisos y claros términos del aludido artículo 44 de la Ley 80, se encuentra integrado tanto por el listado de



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

causales que recogen los diversos numerales de la norma legal en cita, como aquellas otras que se encuentran consagradas en el "derecho común".

Como resulta apenas natural, hay lugar a señalar que aquellas causales de nulidad absoluta de los contratos estatales que provienen del Código Civil, por la incorporación que de las mismas dispuso a la Ley 80 la parte inicial de su artículo 44, en principio y sin perjuicio de adaptarlas a los Principios que regulan, informan y orientan tanto la contratación pública como el Derecho Administrativo en general, deberán ser interpretadas y aplicadas en los términos en que las mismas han sido entendidas tanto por la Jurisprudencia que al respecto ha construido la Corte Suprema de Justicia, como por la doctrina desarrollada a partir, precisamente, del estudio de las normas que integran la Codificación Civil y en idéntico sentido hay lugar a puntualizar que en este campo también serán aplicables aquellas otras disposiciones legales contenidas en el mismo Código Civil que se ocupan de precisar el sentido y el alcance de las nociones que sirven para estructurar las causales de nulidad absoluta consagradas en el artículo 1741 de ese cuerpo normativo (como el caso de la ilicitud en el objeto, la ilicitud en la causa, la incapacidad absoluta, etc.).

4. La especial naturaleza jurídica de las relaciones entre partes y terceros en los contratos de concesión.

Para resolver el asunto objeto de juzgamiento, considera la Sala necesario retomar los planteamientos efectuados en la Sentencia del 30 de noviembre de 2006, acerca de la especial naturaleza que cabe predicar respecto de las relaciones que se generan entre partes y terceros a propósito de los contratos de concesión¹².

El artículo 32 numeral 4º de la ley 80 de 1993 define el contrato de concesión en los siguientes términos:

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 13074, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.



336

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."

En otras palabras y como en otra ocasión lo ha expresado la Sala, puede definirse la **concesión** como el procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal¹³.

Inacabable sería referir las nociones que de esta modalidad contractual ha formulado la doctrina. Entre ellas puede hacerse alusión a la que ofrece Gastón Jéze, para quien *«por el contrato de concesión de un servicio público, el concesionario se compromete a hacer funcionar este servicio en la forma establecida por la administración en el acto de concesión»*¹⁴, o la que al referirse al tema propone Georges Vedel, quien sostiene que

"(E)l término "concesión" es uno de los más vagos del derecho administrativo. Se emplea para designar operaciones que no tienen gran cosa de común entre ellas, excepto la de tener como base una autorización, un permiso de la Administración. De este modo se hablará de concesiones en los cementerios, de concesiones de tierras en los territorios de ultramar, de concesiones de construcción de diques, o de "incrementos futuros" que son simplemente ventas de materiales."

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, sentencia de diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), Radicación número: 10217, Actor: Alberto Antonio Mendoza Daza, Demandado: Beneficencia del Cesar Lotería "La Vallenata".

¹⁴ JÉZE, Gastón, *Principios generales del Derecho Administrativo*, Tomo IV (Teoría General de los contratos de la Administración), Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 347.



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

La expresión “concesión de servicio público” que se abrevia a veces con el término “concesión”, tiene, por el contrario, un sentido mucho más preciso. Se trata de un “procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente, a cambio de una remuneración que consiste, en la mayoría de los casos, en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio». ¹⁵

Prácticamente todas las definiciones al uso hacen referencia al menos a dos elementos como integrantes del tipo contractual que aquí se comenta: de un lado, la existencia de un régimen legal —en sentido amplio— que de manera previa regula el funcionamiento del servicio concesionado, régimen que puede ser delineado, alterado o definido por la Administración; y, de otro, las condiciones en que ésta última conviene con el particular la prestación del servicio, la construcción, el mantenimiento, la explotación de la obra, etc. En otros términos, se trata de una modalidad contractual por la que

“(...) sólo en virtud de una normativa previa y expresa, la Administración del Estado puede entregar o cometer a un particular la construcción y/o mantenimiento de una obra (...) y concederle su explotación ulterior, facultándolo temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen como medio de financiar el costo de aquella”¹⁶.

También puede evidenciarse la presencia de los dos mencionados elementos, en la caracterización que del contrato de concesión ha efectuado la Sala, con base en la definición del mismo contenida en el más atrás citado artículo 32.4

¹⁵ VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, 8ª edición, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 470.

¹⁶ RUFÍAN LIZANA, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, Fondo de Cultura Económica de Chile, Santiago, 1999, p. 23. Esta autora —p. 26— refiere otra noción —elaborada por VARGAS FRITZ, J.L., *La concesión de obras públicas*, La Ley, Ediciones Jurídicas, Santiago, 1997, pp. 117-118— en la cual son igualmente identificables los dos elementos del contrato que en esta sede nos interesa destacar: se trata, la concesión, de «un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular Concesionario, en virtud del cual este último asume, a su cuenta y riesgo, la ejecución, conservación o reparación de una Obra pública Fiscal, a cambio del derecho a explotar dicha Obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de Adjudicación».



337

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

de la Ley 80 de 1993, que permite identificar este tipo contractual a través de las siguientes particularidades:

"a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.

b. O el particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.

c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.

d. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.

e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.

f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.

g. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicompreensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato"¹⁷.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, sentencia de diciembre nueve (9) de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), Actor: EPTISA Proyectos Internacionales S.A. y otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías.



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

A juicio de la Sala, la existencia de tales dos componentes en el tipo de contrato estatal a que se alude está fuera de toda discusión. Cosa distinta es la manera como esos dos elementos se articulan dentro del contrato de concesión mismo —si es que se admite que dicha articulación ocurre efectivamente— que es, precisamente, el punto que ha dado lugar a la polémica doctrinal en cuanto a la naturaleza jurídica del plurimencionado contrato.

Sin ánimo de exhaustividad y solo en la medida en que este extremo resulta indispensable para dilucidar si la naturaleza jurídica del contrato de concesión se corresponde con el reconocimiento a terceras personas ajenas a la formalización de la relación contractual propiamente dicha —entidad pública concedente y particular concesionario— de la posibilidad de accionar judicialmente contra actos administrativos proferidos con ocasión de aquélla, menester resulta hacer alusión a que, en la doctrina, pueden encontrarse desde las tesis de conformidad con las cuales la *CONCESION* es un Acto Unilateral de la Administración—de escasa acogida en la actualidad—, pasando por las que lo catalogan como un Contrato de Derecho Privado, hasta llegar a las dos más ampliamente difundidas en la actualidad, de acuerdo con las cuales o bien se trata de un Acto Mixto —contractual y reglamentario—, ora de un Contrato Administrativo *strictu sensu*¹⁸ o, con mayor propiedad para el caso colombiano, en la terminología de la Ley 80, un Contrato Estatal.

Para los partidarios de la tesis de acuerdo con la cual la Concesión no es más que un acto unilateral de la Administración Pública, del que emanan las obligaciones, derechos y prerrogativas de que será titular el concesionario, carece de toda importancia la voluntad de éste, lo cual parte de negar la

¹⁸ Esta interesante aglutinación de las diversas posturas doctrinales desde las cuales históricamente se ha abordado el asunto de la naturaleza jurídica del contrato de concesión, es efectuada por los profesores ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen II, Parte especial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 20-33, y MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III - B (contratos administrativos), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 596-604. En similar sentido también puede verse a RUFÍAN LIZANA, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, cit., pp. 139-141.



338

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

posibilidad de que existan contratos celebrados entre la Administración Pública¹⁹. Por su parte, la concepción de acuerdo con la cual el de Concesión es un Contrato exclusivamente de Derecho Privado, arranca por reconocer en él un verdadero acuerdo de voluntades, una verdadera relación contractual, pero enteramente regulada por el Derecho que rige las relaciones entre particulares. Paulatinamente, en la medida que la categoría de los Contratos Administrativos —o Contratos Estatales— se fue abriendo paso históricamente, esa tesis también fue perdiendo consistencia, entre otras cosas porque además de pretender someter al *ius commune* toda una serie de relaciones de indudable carácter público, nunca pudo explicar satisfactoriamente por qué el contrato de concesión no sólo afecta a las partes celebrantes —entidad concedente y concesionario—, sino que sus efectos también se extienden a terceros, esto es, a los usuarios del servicio, que no han intervenido en su formalización²⁰.

De ahí que se hayan consolidado las tesis, hoy en día mayoritarias, de acuerdo con las cuales la naturaleza jurídica del Contrato de Concesión es la de un instrumento de Derecho Público, pero en el que puede advertirse la presencia de dos categorías de cláusulas claramente diferenciables: unas de naturaleza legal o reglamentaria y otras de estirpe puramente contractual. Al decir de Duguit, en la concesión existe, de un lado, una «*convención*» que establece, sobre la base del acuerdo existente entre la administración pública y el concesionario, la aplicación de un conjunto normativo reglamentario, y por el otro, un verdadero contrato que rige el resto de las condiciones y situaciones de la concesión²¹. En esa misma dirección, Hauriou sostenía que en el contrato de concesión se combinan los dos elementos reseñados, vale decir, una situación reglamentaria, referida a la organización y explotación del servicio y al

¹⁹ Ello explica la franca decadencia de esta postura en la actualidad. Entre sus exponentes, Mayer consideró que los derechos del concesionario derivaban de un acto unilateral de los gobernantes, mientras que sus obligaciones «...nacen de su sumisión voluntaria, que resulta de la petición de la concesión, la que aparece así como un acto administrativo». También se cuentan entre los defensores de esta postura, hoy en franco abandono, autores como Zanobini, Romano, Raneletti, Cameo y Vitta. Cfr. ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., pp. 20-21; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 596-597.

²⁰ Cfr. ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., pp. 23-25; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 598.

²¹ DUGUIT, Leon, *Traité de droit constitutionnel*, París, 1923, t. III, pp. 446-447, *apud* ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., p. 26.



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

otorgamiento de algunas prerrogativas de poder público de que será investido el concesionario, de un lado; y, de otro, una situación contractual, basada en el pliego de condiciones, que comprende las obligaciones que se deriven de la precedente situación reglamentaria, las condiciones financieras de la explotación, etc²².

En España, Garrido Falla igualmente se decanta por esta posición y sostiene que «*la situación jurídica del concesionario se regula, tanto por las cláusulas específicas de la concesión, cuanto por los preceptos reglamentarios unilateralmente dictados por la Administración para la regulación del servicio concedido*»²³.

Más allá de las doctrinas francesa y española, en la que estas ideas han encontrado amplio asidero, bien vale la pena hacer alusión a los planteamientos que, en latitudes más próximas a la colombiana, formula Dolores Rufián Lizama para explicitar la tesis que, se reitera, hoy en día disfruta de mayor acogida en torno al punto que aquí se estudia:

²² HAURIUO, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1933, pp. 1014-1015, *apud* ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., p. 27. Este último autor —también en p. 27— refiere que, para algunos —como DIEZ, M., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1967, t. III, pp. 267 y ss.—, «la existencia de la situación reglamentaria es resultado de un acto-condición, por el cual el concesionario acepta hacer funcionar el servicio conforme a dichas normas reglamentarias, que la administración pública puede variar, con obligación de indemnizar al concesionario si se afecta el equilibrio financiero de la prestación». También puede incluirse entre los muchos autores que mantienen esta postura, a Gastón Jéze —respecto de cuyos planteamientos se harán algunas anotaciones más adelante— o Rafael BIELSA, para quien «la concesión presupone dos situaciones jurídicas: a) una *legal* o reglamentaria, que es la más importante y domina toda la operación; b) otra *contractual*, pero que no es, naturalmente, de derecho civil, sino de derecho administrativo, y que atribuye derechos e impone obligaciones al concesionario» (cursivas en el texto original). Cfr. su *Derecho administrativo*, sexta edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 1964, pp. 259-260.

²³ Sin embargo, nótese que para este autor el aludido carácter mixto de la concesión debe predicarse, más que del contrato en sí, de la situación en la que el concesionario se encuentra. Es más, Garrido incluso no desconoce que resulta discutible esa calificación, en la medida que «la denominada situación reglamentaria del concesionario no deriva de ningún título jurídico especial, sino del estado de sumisión en que se encuentra frente al ejercicio por la Administración de su potestad reglamentaria en materia de organización de los servicios públicos». Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen II (Parte general. Conclusión), undécima edición, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 418-420. Por similar dirección marchan los planteamientos de PAREJO ALFONSO, Luciano, *et. al.*, *Manual de Derecho Administrativo*, volumen 1, quinta edición, Ariel Derecho, Madrid, 1998, p. 797.



339

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

"Es evidente que ambas características confluyen en el contrato de concesión que, si bien tiene naturaleza contractual al concurrir a su formación la voluntad de las partes, está regido por normas de derecho público que sitúan a los contratantes en un plano de desigualdad.

La parte reglamentaria se refiere a todo lo que concierne a la organización y funcionamiento del servicio y a las potestades de intervención de la Administración en función del interés público. Por consiguiente este tipo de cláusulas reglamentarias no son objeto de debate entre las partes sino impuestas en bloque y unilateralmente al concesionario, lo que no es óbice para que opere la conjunción de voluntades entre la Administración y el concesionario; además algunas normas pueden ser modificadas unilateralmente por la administración, compensando adecuadamente al concesionario, pero éste no puede, por un acuerdo especial con el usuario, derogar alguna de estas disposiciones. En este sentido la calificación contractual de la concesión no obsta a que sobre cada uno de los determinados servicios públicos que pueden ser llevados a cabo, gestionados a través de la concesión, exista una determinada normativa de carácter reglamentario aplicable con anterioridad a la concesión del servicio y la Administración podrá intervenir en el mismo en función de ese contenido reglamentario.

La parte contractual comprende la duración de la concesión y las ventajas financieras que la administración otorga al concesionario; además el derecho al equilibrio financiero del concesionario. Estos elementos, puesto que son contractuales, son garantizados al concesionario por el contrato. A su vez, en lo que respecta a este contenido contractual, confluyen en el contrato de concesión tanto normas del Derecho Público como del Derecho Privado (...) " (Subrayado de la Sala)²⁴

Tal y como el propio Escola —uno de los detractores de los planteamientos recién expuestos— lo admite²⁵, la principal ventaja de esta teoría radica en la circunstancia de explicar fácil y coherentemente la situación jurídica de los usuarios de los servicios públicos, quienes a pesar de no ser parte en la celebración del contrato de concesión, innegablemente acaban viéndose concernidos por sus cláusulas, en especial por las que les son directamente aplicables —concretamente las que tienen que ver con la utilización de los servicios y el régimen tarifario—, lo que conduce a que puedan invocarlas tanto para usar el correspondiente servicio, como para obligar al concesionario a prestarlo en la forma debida.

²⁴ Cfr. RUFÍAN LIZANA, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, cit., pp. 24- 26.

²⁵ ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., p. 28.



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

No obstante lo anterior, como ya se adelantaba, un cuarto grupo de teorías sobre la naturaleza jurídica del Contrato de Concesión sostiene que si bien éste es un instrumento negocial regido por el Derecho Público —al igual que lo exponen los planteamientos del tercer conjunto de autores que se acaba de enunciar—, en la Concesión *«no debe verse sino un contrato administrativo, en sentido estricto, con todos los elementos y características que son propios de los contratos de derecho público, y cuyo contenido es, como resulta obvio, de exclusiva índole contractual, apareciendo, por tanto, con una estructura homogénea y única»*. Para esta postura la posibilidad de modificar la organización y funcionamiento del servicio —que es la razón para considerar que en el contrato de concesión viene incluida una parte reglamentaria— es apenas un corolario del carácter administrativo del contrato y de la exorbitancia de la posición en la que frente al acuerdo se ubica la administración. De ahí que se afirme que

“el interés público que se busca satisfacer justifica todas las modificaciones y alteraciones que la relación contractual pueda sufrir, como resultado de esa potestad modificatoria, y sólo la ley y el criterio de razonabilidad fijan los límites de esa potestad y sus posibles consecuencias restrictivas.

Los derechos de los usuarios del servicio público quedan también explicados de manera directa y simple. No hay aquí nada que crear (...) Esos derechos —derecho al uso del servicio, y derecho de exigir su prestación— son resultado de la extensión de los efectos de los contratos administrativos no sólo a las partes que los celebran, sino también a terceros, tanto más cuanto que el contrato se lleva a cabo, en este caso, justamente para concretar la atención y realización de un servicio cuyos destinatarios son esos terceros”²⁶.

Es quizás Marienhoff el autor que de manera más vehemente se opone a la catalogación de los contratos de concesión como *“actos mixtos”*, partiendo de considerar a los usuarios también como *“parte”* en ellos, de suerte que es esa circunstancia la que justifica que puedan invocar en su beneficio las cláusulas de la concesión, pues, finalmente, el que los efectos de la misma les sean extensivos, responde a que es precisamente en interés de los administrados

²⁶ ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., pp. 31-32.



340

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

que la concesión se otorga. Por lo mismo, todas las modificaciones que ciertamente la Administración puede introducir al contrato, forman parte del mismo, integrándolo, sin que se trate de una situación "legal" o "reglamentaria", siendo más bien las consecuencias derivadas de la naturaleza de "contrato administrativo" de la concesión²⁷.

Sin embargo, las agudas críticas que este autor vierte en contra de las teorías que mayoritariamente catalogan el contrato de concesión como un "acto mixto"²⁸, parecen atenuarse cuando matiza, refiriéndose a las posibles disputas entre el concesionario y el usuario, que «la relación que se establezca entre éstos no es unívoca: depende de si la utilización del servicio es obligatoria o facultativa para el usuario. De acuerdo a esto, en unos casos la relación será reglamentaria y en otros contractual»²⁹.

Sea como fuere e independientemente de que se considere al Contrato de Concesión como un Acto Mixto o "tan sólo" como un Contrato de Derecho Público *sensu stricto* —aunque, ciertamente, la operatividad de este tipo contractual en el derecho colombiano se explica con mucha mayor facilidad desde la teoría de su "doble naturaleza" (contractual, y legal y reglamentaria), como el presente caso, en el que se controvierten actos administrativos de alcance general expedidos con ocasión del desarrollo de un contrato de concesión, lo pone de presente—, lo que a esta altura de la argumentación se

²⁷ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 601-603.

²⁸ Afirma el autor que «(E)s inaceptable e inconcebible que, como consecuencia de un acuerdo de voluntades —llámesele "contrato" o "convención"—, una persona, además de quedar colocada en una situación "contractual", quede asimismo colocada en una situación "legal" o "reglamentaria". La vigencia de la ley o del reglamento es extraña en absoluto a todo acuerdo entre el Estado y el administrado. La explicación de que la parte "legal" o "reglamentaria" tenga su vigencia en un "acuerdo de partes", cualquiera que sea el nombre que a éste se le de, trasunta una evidente falla de lógica jurídica. La vigencia de la ley o del reglamento no depende de la voluntad de los administrados, sino del "imperium" que posee el Estado. Las obvias modificaciones o alteraciones de que puede ser objeto una concesión de servicio público en curso, tienen un fundamento jurídico distinto al expresado por Duguit y su escuela, fundamento que excluye la existencia del mencionado aspecto "reglamentario" o "legal" junto al aspecto "contractual". La concesión de servicio público, considerada como un "acto jurídico de derecho público", es una figura "homogénea": contractual en todo su ámbito, circunstancia que en modo alguno obsta a las correspondientes "modificaciones" que deban introducirse en la "organización" o en el "funcionamiento" del servicio» (todas las cursivas en el texto original). Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 600-601.

²⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 646-647.



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

que la concesión se otorga. Por lo mismo, todas las modificaciones que ciertamente la Administración puede introducir al contrato, forman parte del mismo, integrándolo, sin que se trate de una situación "legal" o "reglamentaria", siendo más bien las consecuencias derivadas de la naturaleza de "contrato administrativo" de la concesión²⁷.

Sin embargo, las agudas críticas que este autor vierte en contra de las teorías que mayoritariamente catalogan el contrato de concesión como un "acto mixto"²⁸, parecen atenuarse cuando matiza, refiriéndose a las posibles disputas entre el concesionario y el usuario, que «*la relación que se establezca entre éstos no es unívoca: depende de si la utilización del servicio es obligatoria o facultativa para el usuario. De acuerdo a esto, en unos casos la relación será reglamentaria y en otros contractual*»²⁹.

Sea como fuere e independientemente de que se considere al Contrato de Concesión como un Acto Mixto o "tan sólo" como un Contrato de Derecho Público *sensu stricto* —aunque, ciertamente, la operatividad de este tipo contractual en el derecho colombiano se explica con mucha mayor facilidad desde la teoría de su "doble naturaleza" (contractual, y legal y reglamentaria), como el presente caso, en el que se controvierten actos administrativos de alcance general expedidos con ocasión del desarrollo de un contrato de concesión, lo pone de presente—, lo que a esta altura de la argumentación se

²⁷ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 601-603.

²⁸ Afirma el autor que «(E)s inaceptable e inconcebible que, como consecuencia de un acuerdo de voluntades —llámesele "contrato" o "convención"—, una persona, además de quedar colocada en una situación "contractual", quede asimismo colocada en una situación "legal" o "reglamentaria". La vigencia de la ley o del reglamento es extraña en absoluto a todo acuerdo entre el Estado y el administrado. La explicación de que la parte "legal" o "reglamentaria" tenga su vigencia en un "acuerdo de partes", cualquiera que sea el nombre que a éste se le de, trasunta una evidente falla de lógica jurídica. La vigencia de la ley o del reglamento no depende de la voluntad de los administrados, sino del "imperium" que posee el Estado. Las obvias modificaciones o alteraciones de que puede ser objeto una concesión de servicio público en curso, tienen un fundamento jurídico distinto al expresado por Duguit y su escuela, fundamento que excluye la existencia del mencionado aspecto "reglamentario" o "legal" junto al aspecto "contractual". La concesión de servicio público, considerada como un "acto jurídico de derecho público", es una figura "homogénea": contractual en todo su ámbito, circunstancia que en modo alguno obsta a las correspondientes "modificaciones" que deban introducirse en la "organización" o en el "funcionamiento" del servicio» (todas las cursivas en el texto original). Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 600-601.

²⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 646-647.



349

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

antoja incontestable es que los usuarios del servicio u obra pública concesionada, es decir, los administrados, al encontrarse en una situación jurídica que les configura como titulares de verdaderos derechos tanto frente a Administración Concedente como al Particular Concesionario, deben encontrar en el ordenamiento cauces procesales a través de los cuales hacer efectivos esa situación y esos derechos.

Y probablemente sea Gastón Jèze uno de los autores que de mejor manera explicita este extremo. De acuerdo con lo sostenido por el profesor francés, el contrato de concesión supone la organización de un servicio público por la administración, a través de un "acto de organización" que es una ley o un reglamento, en virtud del cual todos los interesados obtienen la facultad de exigir una prestación —por su manifestación de voluntad unilateral— de aquel que hace funcionar el servicio. En ese sentido, para Jèze la situación jurídica del usuario del servicio concesionado no es diversa de la del usuario del servicio de justicia, si se tiene en cuenta que

"(...) no hay contrato entre el usuario y el concesionario, como tampoco lo hay entre el litigante y el juez, pero existe un derecho del usuario en el sentido de exigir la prestación del concesionario y una obligación de este último de suministrar la prestación al usuario desde el momento que éste, mediante su manifestación unilateral de voluntad, ha ejercido el poder legal y reglamentario creado por el pliego de condiciones. El juez que se niega a resolver un recurso regularmente deducido, desconoce su obligación legal, viola el derecho del litigante. Hay denegación de justicia. El litigante tiene recursos ante los tribunales, para agravarse por la denegación de justicia del juez competente. La situación jurídica del usuario de un servicio público industrial es la misma (subraya la Sala). Es erróneo hablar, en todas estas hipótesis, de contrato, de obligación contractual, de derecho de crédito contractual. La situación jurídica es general e impersonal, legal y reglamentaria, objetiva, en el sentido técnico de estas expresiones"³⁰.

Tal la razón por la cual, a juicio de este autor —que la Sala comparte—,

"(L)a verdad es que todos los usuarios se hallan en la misma situación jurídica. Todos pueden invocar y sólo pueden invocar el pliego de

³⁰ JÈZE, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, cit., pp. 388-389.



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

condiciones de la concesión. El recurso ante los tribunales judiciales debería permitírsele a todos, sin distinción

(...)

En realidad, el usuario obtiene su derecho del acto reglamentario de organización del servicio, acto que muy a menudo se incluye en el contrato de concesión. Ésta no es, pues, una acción surgida del contrato" (cursiva en el texto original, negrilla de la Sala)³¹.

En conclusión, bien se considere que la naturaleza jurídica de la Concesión es la de un "acto mixto" o "acto condición" que supone la integración de un componente contractual y de uno legal y reglamentario —como, se reitera, parece más ajustado a la dinámica del contrato de concesión en el ordenamiento jurídico colombiano—, o bien se estime que la naturaleza de este tipo contractual es exclusivamente ésa, vale decir, la de un contrato estatal *stricto sensu*, cuyas estipulaciones vienen gobernadas, en todo caso, por el poder de dirección que en la prestación de los servicios públicos o en general, en el ejercicio de la función administrativa —incluso, o más aún, cuando ésta es desplegada por particulares— siempre concierne a la Administración Pública, desde cualquiera de las posiciones, forzoso es reconocer que los usuarios del servicio u obra concesionados derivan del reglamento incorporado al contrato, o del aludido poder de dirección entronizado en el convenio, una situación jurídica que comporta derechos —y obligaciones— cuya efectividad debe poder ser garantizada judicialmente, pues lo contrario implicaría una clara denegación de

³¹ JÉZE, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, cit., p. 388 y 397-398. Ya antes —pp. 372-377— el autor había anotado ideas en esta dirección, para resolver el cuestionamiento que él mismo se formula en el siguiente sentido: «Cuando un municipio o cualquier otra persona pública, luego de crear un servicio público, industrial, lo concede a un empresario, a una sociedad, ¿cuál es la situación de los individuos con respecto a este servicio público en su calidad de consumidores, usuarios, beneficiarios del servicio público, desde el momento que constituyen lo que se denomina el público? ¿Qué garantías tiene el individuo, en presencia de un servicio público, desde el punto de vista de la prestación que tiene derecho a esperar?». El propio autor se contesta afirmando que «los usuarios se hallan, con relación a los servicios públicos, en una *situación jurídica legal y reglamentaria*, y no en una situación jurídica individual. Tienen derecho a exigir que los servicios públicos funcionen de conformidad al acto reglamentario o legislativo de organización del servicio público». Y añade que «los usuarios no han intervenido en el contrato de concesión. No son contratantes, en el sentido jurídico de la palabra. *El único contratante es la Administración concedente. De ahí se deduce que los usuarios, aisladamente o asociados, no pueden presentarse como contratantes ante el juez del contrato, para reclamar la ejecución de las obligaciones contractuales asumidas por el concesionario*». Todo lo cual no es óbice, por supuesto, para que Jéze parta de sostener que «todo usuario considerado aisladamente tiene interés en que la prestación se suministre en las condiciones establecidas en el contrato de concesión», y que, en ese orden de ideas, «no es posible, pues, rechazar su intervención como la de una persona sin cualidad procesal» (todas las cursivas, en el texto original, todas las negrillas son de la Sala).



342

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

justicia, o mejor, la conculcación del Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva o al Libre Acceso de toda persona a la Administración de Justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política.

4. El caso concreto.

Tomando en cuenta las consideraciones generales que se acaban de exponer, para desatar el recurso de apelación presentado, la Sala se ocupará de establecer los siguientes aspectos: *i)* la naturaleza jurídica del contrato celebrado por el Municipio de Pereira; y *ii)* la procedencia de la acción de controversias contractuales para controlar la legalidad de los Acuerdos expedidos por el Concejo Municipal de Pereira.

4.1. Naturaleza jurídica del contrato de concesión celebrado por el Municipio de Pereira.

Más allá de la denominación que las partes le dieron al contrato, la cual deviene intrascendente cuando no se corresponde con las previsiones incluidas en el clausulado del mismo, lo que interesa a efectos de identificar el tipo contractual celebrado y, consecuentemente, el régimen jurídico que debe serle aplicado, es la presencia de los elementos que determinan la función económico-social del negocio o, en los términos utilizados por el artículo 1501 del Código Civil, de los elementos sin los cuales el negocio no produce efecto alguno o degenera en otro diferente.

Ahora bien, los elementos que permiten identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el tipo contractual de la *CONCESIÓN* –sin olvidar que la Ley 80 de 1993 concibió tres especies de dicho género contractual, lo cual, además, no es óbice para que en la práctica puedan existir *concesiones atípicas*, de suerte que los elementos esenciales del contrato de concesión variarán según la modalidad de la cual se trate, aunque sin duda participando de elementos comunes– son los siguientes: *(i)* la concesión se estructura como un negocio financiero en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo, en línea de principio; *(ii)* el



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

cumplimiento del objeto contractual por parte del concesionario debe llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado; (iii) el concesionario recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, los cuales regularmente podrá explotar de manera exclusiva, durante los plazos y en las condiciones fijados en el contrato; la remuneración, entonces, *“puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”* –artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993– y (iv) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato³².

Revisados estos elementos en el contrato No. 001-97 suscrito entre el Municipio de Pereira y Parqueaderos Daytona Ltda., para la Sala son los propios de un contrato de concesión, razón por la cual es el régimen jurídico propio de este tipo comercial, toda vez que incorpora los elementos que permiten identificar la especial función económico-social que está llamado a cumplir el contrato de concesión, circunstancia que se hace evidente si se tienen en cuenta los siguientes apartes del clausulado del contrato (folios 25 a 32 cuaderno 1):

“OBJETO: EL CONCESIONARIO se obliga para con el MUNICIPIO a: Implantar y poner en funcionamiento el sistema de estacionamiento autorizado en vía pública denominado **“ZONAS DE PARQUEO PERMITIDO”** mediante la instalación de parquímetros para uso múltiple, los cuales deberán ser aprobados previamente por el **INSTITUTO MUNICIPAL DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE PEREIRA** y la utilización de cepos, grúas, entre otros mecanismos de control, en un plazo máximo que según cronograma que presente el contratista, no podrá exceder de seis (06) meses, en los sitios establecidos en las Resoluciones Nros. 0130 del 17 de julio de 1996, 222 del 2 de octubre de 1995, 0368 del 18 de marzo de 1997 y 1454 del 2 de septiembre de 1997. **PARÁGRAFO.-** El número de Zonas de Parqueo Permitido podrá ser variada de común acuerdo entre las partes de acuerdo con las necesidades del servicio. En el evento de clausurarse una zona, el

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14390.



343

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

CONCESIONARIO deberá esperar la autorización para la apertura del nuevo sector que reemplace al clausurado.

“.....
“CUARTA: FORMA DE PAGO: EL MUNICIPIO y/o el INSTITUTO MUNICIPAL DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE PEREIRA, percibirá del CONCESIONARIO un porcentaje equivalente al veinte por ciento (20%) de los dineros recibidos por concepto de la venta de tiquetes en las diferentes zonas de estacionamiento así: a.- EL CONCESIONARIO, presentará la relación de cuenta, indicando la cantidad de tiquetes vendidos mensualmente; b.- EL CONCESIONARIO reembolsará dentro de los tres (03) días siguientes, una vez certificados por la interventoría el valor del veinte por ciento (20%) del valor de los tiquetes vendidos; c.- Para la cancelación del veinte por ciento (20%) del valor total de los tiquetes, el CONCESIONARIO presentará ante la tesorería del INSTITUTO MUNICIPAL DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE PEREIRA, una relación detallada de los tiquetes vendidos, con el visto bueno del interventor. Una vez efectuado el pago por parte del CONCESIONARIO, el Jefe de Tesorería expedirá las respectivas certificaciones con copia a la oficina jurídica, departamento administrativo y financiero. El INSTITUTO MUNICIPAL DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE PEREIRA, recaudará por aportes el veinticinco (25%) por ciento por la concesión de los patios los cuales deberán ser cancelados en igualdad de condiciones que lo estipulado anteriormente.

“.....
“DÉCIMA PRIMERA: DE LA REVERSIÓN: Los espacios públicos que se utilicen son de propiedad del Municipio, por lo tanto al terminar el presente contrato y dada la naturaleza del mismo, los elementos instalados y obras ejecutadas pasaran a ser propiedad del contratante sin que por ello se deba efectuar compensación alguna, lo anterior de conformidad con el artículo 19 de la Ley 80 de 1993.”

En este orden de ideas, no queda duda que en el presente caso concreto la concesión versa sobre un predio que ostenta los rasgos fundamentales de los bienes de uso público, a saber: (i) que se caracterice por su afectación a una finalidad pública o, en otros términos, porque su uso y goce pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general que deben prevalecer respecto de intereses individuales; (ii) cuya titularidad corresponde a la Nación —o como sucede en este caso específico al municipio—, la cual se sirve, para gestionarlos, de las entidades estatales competentes que ejercen —respecto de tales bienes— facultades especiales de administración, regulación, vigilancia y control, que no pueden equipararse conceptualmente a los elementos que integran la noción de propiedad privada, comoquiera que la naturaleza de tales



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

bienes excluye la configuración, el reconocimiento o la atribución, respecto de ellos, de derechos exclusivos, reales, plenos y absolutos en favor de persona alguna; (iii) cuyo régimen jurídico se encuentre desarrollado, con carácter general, por la Constitución o por la ley, las cuales les atribuyen (iv) una serie de privilegios y garantías orientadas a materializar su vocación de destino al uso común, tales como la inalienabilidad, la inembargabilidad, la imprescriptibilidad y la imposibilidad jurídica de desafectarlos sin la observancia plena y previa de los procedimientos y de los requisitos exigidos en la ley³³.

Quiere decir lo anterior que el contrato se celebró dentro del marco legislativo en el cual encuadran los bienes de uso público como componentes del espacio público y se atribuyen responsabilidades a las autoridades encargadas de su protección y regulación. Sobre el particular la La Ley 9ª de 1989, "[P]or la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones", en sus artículos 5, 6 y 7, dispone lo siguiente:

"Artículo 5. Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, naturales, religiosos, recreativos y artísticos como para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los

³³ En similar dirección a la expresada puede verse lo que sostuvo la Sala en el siguiente pronunciamiento: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2001; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez; Expediente: 16596.



344

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo.

“Artículo 6. *El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos, juntas metropolitanas o por el consejo interdepartamental, por iniciativa del alcalde o intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes.*

“Artículo 7. *Los municipios y la Intendencia Especial de San Andrés y Providencia podrán crear de acuerdo con su organización legal, entidades que serán responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales. Así mismo, podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes anteriores*” (subraya la Sala).

Los referidos preceptos reiteran, en considerable medida, la regulación que respecto de los bienes de uso público se encontraba contenida en el artículo 166 del Decreto Ley 2324 de 1984, precepto a cuyo tenor:

“Artículo 166. Bienes de uso público: las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo”.

Por su parte, la Ley 388 de 1997³⁴, modificatoria de la Ley 9 de 1989, reiteró la importancia de la gestión de las autoridades públicas competentes en la gestión del espacio público, al incluir el correcto manejo y uso del mismo como uno de los principios que informa la función urbanística:

³⁴ Norma a la cual se hace referencia a título meramente ilustrativo y con el fin de corroborar los planteamientos que hasta ahora se han efectuado en el presente pronunciamiento en torno al régimen jurídico aplicable a los bienes de uso público. Se hace esta salvedad tomando en consideración el hecho de que el Decreto 1504 de 1998 no se encontraba vigente para la fecha en la cual fue celebrado el contrato y fueron proferidos los actos administrativos que se encuentran en el origen del presente litigio.



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

"Ley 388 de 1997, artículo 3°. Función pública del urbanismo. El ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, para el cumplimiento de los siguientes fines:

1. Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios".

No obstante la claridad de los desarrollos tanto normativos como jurisprudenciales hasta ahora anotados, es el Decreto 1504 de 1998³⁵, "[P]or el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial", el conjunto normativo que de mejor manera recoge las previsiones relacionadas con la naturaleza jurídica, las características y la atribución de responsabilidades en el manejo de los bienes de uso público, como especies del género o elementos integrantes de la más amplia categoría conceptual que es la de *espacio público*; del mencionado cuerpo normativo se transcriben a continuación aquellos de sus preceptos que resultan de interés en relación con las cuestiones de las cuales se ha ocupado la Sala en el presente proveído:

"Artículo 1°. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo. Los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo.

"Artículo 2°. El espacio público es el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes.

"Artículo 3°.- El espacio público comprende, entre otros, los siguientes aspectos:

³⁵ Norma a la cual se hace referencia a título meramente ilustrativo y con el fin de corroborar los planteamientos que hasta ahora se han efectuado en el presente pronunciamiento en torno al régimen jurídico aplicable a los bienes de uso público. Se hace esta salvedad tomando en consideración el hecho de que el Decreto 1504 de 1998 no se encontraba vigente para la fecha en la cual fue celebrado el contrato y fueron proferidos los actos administrativos que se encuentran en el origen del presente litigio.



345

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

Los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo;

Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público;

Las áreas requeridas par la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este Decreto.

“Artículo 4º. El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público no podrá ser variado sino por los Concejos Municipales o Distritales a través de los planes de ordenamiento territorial o de los instrumentos que los desarrollen aprobados por la autoridad competente, siempre que sean sustituidos por otros de características y dimensiones equivalente o superiores. La sustitución debe efectuarse atendiendo criterios, entre otros, de calidad, accesibilidad y localización.

“Artículo 5º. El espacio público está conformado por el conjunto de los siguientes elementos constitutivos y complementarios:

I. Elementos constitutivos

(...)

1) Elementos constitutivos naturales:

(...)

2) Elementos constitutivos artificiales o contruidos:

b. Áreas articuladoras de espacio público y de encuentro, tales como: parques urbanos, zonas de cesión gratuita al municipio o distrito, plazas, plazoletas, escenarios deportivos, escenarios culturales y de espectáculos al aire libre;

“Artículo 18º. Los municipios y distritos podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico para el municipio o distrito del espacio público, sin que impida a la ciudadanía su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito.

“Artículo 19º. En el caso de áreas públicas de uso activo o pasivo, en especial parques, plazas y plazoletas, los municipios y distritos podrán autorizar su uso por parte de entidades privadas para usos compatibles con la condición del espacio mediante contratos. En ningún caso estos contratos generarán derechos reales para las entidades privadas y deberán dar estricto cumplimiento a la prevalencia del interés general sobre el particular”.

En conclusión no queda duda alguna de que el contrato objeto de juzgamiento en esta oportunidad corresponde al tipo de los de *Concesión de un Bien de Uso Público*, por lo cual le resultan aplicables las consideraciones expuestas por la



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

Sala en esta providencia, sobre su carácter mixto y demás particularidades ya señaladas en el numeral anterior.

4.2. Procedencia de la acción de controversias contractuales para controlar la legalidad de los Acuerdos expedidos por el Concejo Municipal de Pereira.

Precisados el tipo y la naturaleza del Contrato en examen, corresponde ahora a la Sala estudiar la demanda presentada.

El Ministerio Público fundamentó su demanda en la presunta ilegalidad de los actos administrativos del Concejo Municipal de Pereira y del Alcalde Municipal, para reglamentar las zonas públicas de parqueo. A juicio de la Sala, el anterior planteamiento de la demanda hace necesario establecer si el contrato de concesión puede hacer las veces de fuente de competencia para la autoridad administrativa –concomitante con la ley o el reglamento– o constituirse en un límite a la competencia que a ésta le ha sido normativamente atribuida.

Para despejar este planteamiento, conviene precisar que, aún tratándose de contratos de concesión, en los que la relación entre ley –o reglamento– y contrato se hace tan intensa, al punto que, como se ha visto, la doctrina mayoritaria sostiene la incorporación en el convenio de un componente “*legal o reglamentario*”, resulta menester no perder de vista, aunque parezca de perogrullo, que, como lo sostiene Bielsa, “*la ley y el contrato son actos distintos*”, de lo que se deriva la afirmación en el sentido de “*(...) que en el contrato haya cláusulas que obliguen al Estado (...) por virtud de una ley, es una cosa; pero que la ley se confunda con el contrato o esté subordinada al régimen del contrato, es algo que no puede sostenerse seriamente*” (destaca la Sala)³⁶.

³⁶ Y añade este autor: «Hemos dicho que “no hay leyes-contratos”. El contrato que se realiza fundado en la ley, o autorizado por ley, es un acto distinto de la ley misma. Hay que desterrar del lenguaje jurídico la ilógica expresión ley-contrato. Cuando se trata de una concesión u otra figura jurídica análoga es el contrato, y no la ley, lo que crea la relación jurídica; únicamente cuando la ley crea la *persona jurídica* concesionaria,



346

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

Y es ésta, precisamente, la idea rectora de este aparte del razonamiento de la Sala. Ciertamente, en el contrato de concesión se incorporan los parámetros y condiciones en que se ha de prestar el servicio o llevar a cabo la explotación del parqueo en el espacio público del Municipio de Pereira, empero, ello no convierte al contrato en la fuente de las facultades, deberes y responsabilidades que conciernen al Estado y, concretamente, a la Administración Pública, en materia de regulación y control más allá de la prestación del servicio de parqueo. En ese sentido igualmente se pronuncia la doctrina, por ejemplo Gaston Jéze, quien justamente incide en que es el carácter de servicio público de la actividad concesionada, el que justifica el poder de regulación y control en cabeza de la Administración y no las estipulaciones contractuales. Sostiene el profesor francés:

“Muy a menudo, el pliego de condiciones de la concesión contiene disposiciones relativas a la facultad de control de la Administración sobre el concesionario. Estaríamos, pues, tentados de ver en estas cláusulas la base jurídica de este poder de control. Pero no sucede nada de eso. Estas cláusulas organizan el funcionamiento del control, pero no confieren a la Administración una facultad que, sin dichas cláusulas, no existiría. El poder de control existe por el solo hecho de que hay servicio público. La naturaleza jurídica del servicio público es, pues, el fundamento jurídico del poder de control

(...)

De ahí se desprenden las consecuencias principales siguientes:

1ª) La Administración tiene poder de control, aun cuando en el acto de concesión nada se diga acerca del control.

2ª) Las cláusulas del acto de concesión relativas al control, tienen carácter reglamentario y no contractual.

3ª) Las autoridades administrativas competentes para organizar el servicio público concedido son, si no existe texto en contrario, las que tienen competencia para organizar el control.

4ª) La autoridad administrativa competente puede modificar en cualquier momento la organización del control contenida en el acto de

en el mismo acto, con las obligaciones que se presuponen en la creación del ente, sólo entonces el acto es uno y perfecto». Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, cit., pp. 190-191.



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

concesión, con la doble condición de que la organización no desnaturalice la concesión y que se **haga en vista del interés general**

(...)

Se podría multiplicar los motivos justificativos del control. Uno sólo, por lo demás, es suficiente, pues los resume a todos: **el concesionario explota un servicio público**. La Administración concedente no puede desinteresarse de la explotación del servicio concedido. Tiene además el deber y, por consiguiente, el **derecho** de modificar, en cualquier momento, la organización del servicio concedido para que siempre se adecue a las necesidades del público.

(...)

Resulta de la naturaleza jurídica reglamentaria del poder de control, que **no es en el contrato de concesión en que la Administración fundamenta su poder de control**. El contrato de concesión sólo puede **comprobar** dicho poder, pero **no lo crea**.

El ejercicio del poder de control se reglamenta por un **acto unilateral de la autoridad pública competente para organizar el servicio público (ley, reglamento)**³⁷.

Claro como queda, entonces, que la fuente de la competencia administrativa para regular o modificar las condiciones en que se prestan los servicios públicos o se construyen, mantienen o explotan los bienes públicos concesionados, es legal o reglamentaria y no contractual. Por todo lo anterior, en el asunto objeto de juzgamiento los Actos Administrativos expedidos por el Concejo y el Alcalde del Municipio de Pereira, por medio de los cuales se adoptó el programa y se reglamentaron las zonas de parqueo público permitido, no forman parte de los denominados "actos precontractuales" y menos de los "actos contractuales".

Todo lo anterior lleva a concluir a la Sala que el Ministerio Público no enfiló su demanda contra actos contractuales. Como acertadamente lo ha destacado esta Corporación en otras oportunidades, dichas resoluciones son actos

³⁷ JÈZE, Gaston, *Principios generales del derecho administrativo*, cit., p. 348-355.



347

Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

administrativos de carácter general, lo que se antoja desde todo punto de vista lógico, comoquiera que sus destinatarios, en últimas, no son otros que los usuarios del servicio, esto es todos los administrados, por lo cual su control de legalidad debe encausarse a través de la acción de nulidad simple:

"Síguese de todo lo anterior que la posición adoptada en el auto emitido por esta Corporación, en fecha 17 de enero de 1994, más atrás referido y de acuerdo con la cual no es procedente la acción de simple nulidad contra actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual, debe ser matizada, con base en los razonamientos que se han dejado expuestos, en aras de acompasar la posición jurídica de los usuarios de obras públicas o de servicios públicos concesionados, con la naturaleza del contrato de concesión y, principalmente, de garantizar a los administrados ubicados en esa situación jurídica, la efectividad del derecho fundamental previsto en el artículo 229 de la Carta. Ha de precisarse, de todas formas, que el asunto sub examine reviste rasgos diferentes, toda vez que en el presente caso el demandado no es un acto contractual, sino que se trata de un acto administrativo general, proferido por una autoridad diferente a la entidad estatal contratante, aunque, sin duda, tendrá incidencia en el desenvolvimiento de la ejecución del contrato."³⁸

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda, porque no resulta posible pretender la nulidad del Contrato de Concesión con fundamento en la ilegalidad de Actos Administrativos Reglamentarios, que si bien tienen relación con la concesión del espacio público no tienen la naturaleza de actos precontractuales o contractuales.

5. condena en costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 13074, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.



Expediente: 22.112
Actor: Procurador Judicial 37
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: Apelación sentencia de nulidad

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Risaralda el trece (13) de septiembre de dos mil uno (2001).

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda.

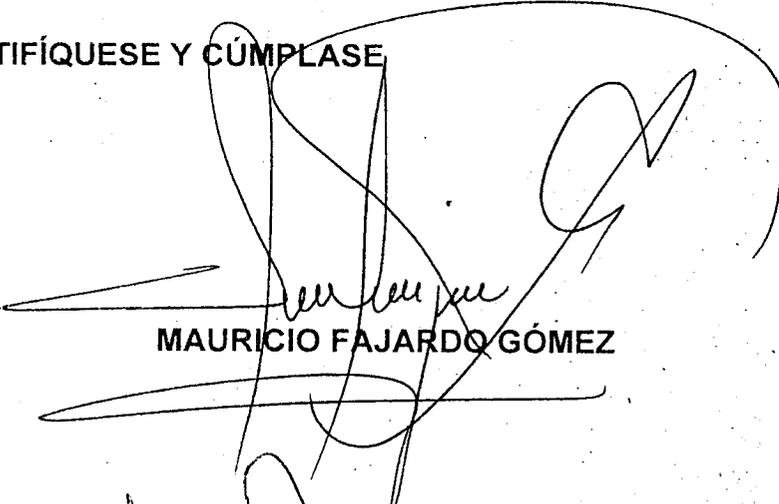
TERCERO.- RECONOCER al doctor JOSÉ BUEVENTURA PARADA MORENO como apoderado de la sociedad Parquaderos Daytona Ltda., en los términos del poder sustituido.

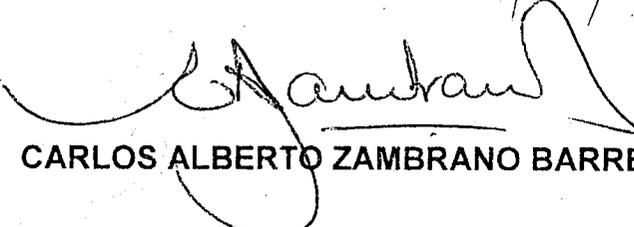
CUARTO.- Sin condena en costas.

QUINTO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HERNÁN ANDRADE RINCÓN


MAURICIO FAJARDO GÓMEZ


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA